

La Revue  
des Droits  
de l'Homme

## La Revue des droits de l'homme

Revue du Centre de recherches et d'études sur les  
droits fondamentaux

Actualités Droits-Libertés | 2014

---

# Une avancée incertaine pour l'effectivité des recours des demandeurs d'asile « prioritaires »

Droit d'asile, droit au recours effectif et droit vivant (Constitution)

Yehudi Pelosi

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/610>

DOI : 10.4000/revdh.610

ISSN : 2264-119X

### Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

### Référence électronique

Yehudi Pelosi, « Une avancée incertaine pour l'effectivité des recours des demandeurs d'asile  
« prioritaires » », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 07  
mars 2014, consulté le 04 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/610> ; DOI : 10.4000/  
revdh.610

---

Ce document a été généré automatiquement le 4 mai 2019.

Tous droits réservés

---

# Une avancée incertaine pour l'effectivité des recours des demandeurs d'asile « prioritaires »

Droit d'asile, droit au recours effectif et droit vivant (Constitution)

Yehudi Pelosi

---

- 1 « Postérieurement à l'introduction de sa requête, M. A a été **renvoyé, en mai 2006, dans son pays d'origine** ; dans ces conditions, son recours tendant à l'annulation de la décision du directeur général de l'OFPRA [Office français de protection des réfugiés et apatrides] rejetant sa demande d'asile, est actuellement sans objet ; **il n'y a donc pas lieu, en l'état, de statuer sur sa demande** » (CRR, SR, 1er juin 2007, n° 573.524).
- 2 Par ces quelques mots, le juge de l'asile – la commission des recours des réfugiés, devenue la cour nationale du droit d'asile (ci-après « CNDA ») – **refusait d'examiner le bien-fondé des recours formés par des demandeurs d'asile « prioritaires » ne se trouvant plus sur le territoire français**. Aux termes d'une motivation laconique, cette juridiction administrative spécialisée considérerait ainsi que, dès lors qu'un tel demandeur d'asile quittait le territoire – volontairement ou non –, il n'y avait plus lieu, en l'état, de se prononcer sur son affaire.
- 3 Contrairement à ce que pourrait suggérer sa dénomination, la procédure dite « prioritaire » ne consiste pas dans un traitement accéléré de demandes d'asile présentant une urgence particulière. Cette procédure administrative s'apparente bien davantage à une procédure accélérée de **rejet de demandes** ayant peu de chances de prospérer. Elle est en effet mise en œuvre soit lorsque le demandeur a la nationalité d'un pays que l'OFPRA considère comme un « *pays sûr* » (parmi ces pays figurent, par exemple, la Bosnie-Herzégovine, la Géorgie, le Kosovo ou encore la Serbie et l'Ukraine), soit lorsque le demandeur représente une menace grave pour l'ordre public, soit lorsque sa demande est regardée comme abusive ou frauduleuse (art. L. 723-1 al. 2 et L. 741-4 2° à 4° du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ci-après « CESEDA »).

- 4 Par dérogation au principe général en vertu duquel les demandeurs d'asile « *se voi[ent]* remettre un document provisoire de séjour », lequel est renouvelé jusqu'à ce que l'OFPRA ou, le cas échéant, la CNDA statue (art. L. 742-1 du même code), les demandeurs « prioritaires » ne sont généralement **pas admis au séjour**. Surtout, les termes exprès du CESEDA ne leur accordent de droit au maintien en France que jusqu'à la notification de la décision de l'OFPRA, lequel statue dans un délai réduit. Une fois encore par dérogation aux principes généraux régissant les demandes d'asile, les recours portés par les demandeurs « prioritaires » devant la CNDA ne sont **pas considérés comme suspensif** ; ils ne suspendent notamment pas l'exécution d'une **mesure d'éloignement**. Il en résulte qu'un demandeur « prioritaire » dont la demande est rejetée par l'OFPRA peut être reconduit à la frontière par l'administration préfectorale, et ce, alors même qu'il aurait formé un recours devant la CNDA contre la décision de rejet de l'OFPRA. De ce fait déjà, la **différence de traitement** établie entre les demandeurs « prioritaires » et les demandeurs placés en procédure normale est flagrante.
- 5 De surcroît, en application de sa jurisprudence précitée, la CNDA **refusait même de se prononcer** sur un tel recours dès lors que la mesure d'éloignement avait été exécutée avant l'examen dudit recours. Dans cette hypothèse, des non-lieux à statuer en l'état étaient prononcés, le cas échéant par simple ordonnance du président de la cour.
- 6 En pratique, un demandeur d'asile soumis à ce régime dérogatoire pouvait donc se voir refuser l'asile par l'OFPRA, puis former un recours contre cette décision administrative, mais être ensuite reconduit à la frontière par l'administration préfectorale, et ce, **sans voir aboutir le recours régulièrement formé devant le juge de l'asile**.
- 7 Une telle approche ne manque pas de surprendre **tant elle fait fi des exigences découlant du droit à un recours juridictionnel effectif**.
- 8 En effet, l'OFPRA n'est pas un juge de première instance, mais une simple autorité administrative. La demande déposée devant cette autorité n'est pas un recours juridictionnel. La CNDA n'est donc pas un juge d'appel. Elle n'est pas davantage un juge de l'excès de pouvoir se bornant à juger de la légalité de la décision de l'OFPRA. La CNDA est un juge statuant en premier et dernier ressort qui doit apprécier de manière concrète et globale chaque demande d'asile. Pour reprendre les mots du vice-président du Conseil d'Etat, Jean-Marc Sauvé, la CNDA est saisie « *d'une situation humaine* » et « *se prononce directement et pleinement sur l'octroi ou non du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire* » (Intervention de Jean-Marc Sauvé au colloque « 1952-2012 - Le juge français de l'asile » en date du 29 octobre 2012).
- 9 Or, on le voit bien, en application de l'ancienne jurisprudence de la CNDA, le demandeur d'asile « prioritaire » reconduit à la frontière n'a, à aucun moment, accès à un juge. Aucune juridiction ne se prononce sur l'octroi du statut de réfugié, la CNDA se bornant à prononcer un non-lieu à statuer en l'état. Et si sa demande n'est pas à proprement parler rejetée, mais n'est que temporairement privée d'objet, **il est pour le moins illusoire de croire qu'une personne renvoyée dans le pays où elle était persécutée puisse échapper une seconde fois à ses persécuteurs et revenir en France pour voir son procès aboutir**.
- 10 Situation dont on ne manquera pas de relever l'ironie cruelle confinant à l'ubuesque et au kafkaïen d'une puissance publique qui, d'une main, accueille la demande d'une personne alléguant des persécutions et, de l'autre, n'hésite pas à la rejeter dans les bras de ses persécuteurs allégués ; une puissance publique qui, d'un côté, promet de traiter un

dossier de manière « prioritaire » et s'attelle à organiser un procès prétendument équitable, et, de l'autre, s'empresse ensuite d'éloigner le demandeur et de suspendre la cérémonie judiciaire avant son terme. Approche dont on pouvait également craindre les effets pervers, l'administration et son juge ayant un intérêt matériel à hâter l'éloignement des demandeurs d'asile « prioritaires » pour classer tout aussi hâtivement leurs recours juridictionnels – étant rappelé que la CNDA figure parmi les juridictions les plus encombrées en France.

- 11 Pourtant, cette situation a longtemps perduré.
- 12 De sorte qu'**au lendemain de la censure pour inconstitutionnalité de la jurisprudence de la CNDA en la matière par deux arrêts n<sup>os</sup> 357.351 et 363.862 du Conseil d'Etat en date du 6 décembre 2013**, il y a lieu d'expliquer tant les raisons ayant permis à cette jurisprudence d'échapper jusque-là au contrôle de constitutionnalité (1°) que la portée et les limites de sa sanction par le juge de cassation (2°).

## 1°/- Une jurisprudence du juge de l'asile ayant jusque-là échappé au contrôle de constitutionnalité

- 13 La pratique des non-lieux à statuer procédait d'une interprétation jurisprudentielle bien ancrée des dispositions applicables en matière d'asile (A). Dégagée par la CNDA et non par le Conseil d'Etat, la norme issue de cette interprétation de la loi n'a pas pu être contrôlée par le Conseil constitutionnel, lequel ne l'a pas regardée comme étant « constante » ou « consolidée » au sens de sa jurisprudence et de la théorie – ou « doctrine » – dite du « droit vivant » (B).

### A – Une interprétation jurisprudentielle bien établie du CESEDA et de la convention de Genève

- 14 En jugeant que « la résidence hors du territoire français [...] n'est [...] pas de nature à priver d'objet, même temporairement, [les] recours devant la Cour nationale du droit d'asile », le Conseil d'Etat a, par les deux arrêts précités du 6 décembre 2013, **désavoué sans ambiguïté une jurisprudence bien établie de la CNDA**, cour dont les décisions sont soumises au seul contrôle de cassation de la Haute juridiction administrative.
- 15 Dans les deux décisions faisant l'objet des pourvois n<sup>os</sup> 357.351 et 363.862, la CNDA avait jugé qu'**il n'y avait pas lieu de statuer en l'état** sur les recours formés par des demandeurs d'asile, l'un d'eux ayant quitté volontairement la France (CNDA, ord., 29 février 2012, n° 11010865 ayant fait l'objet du pourvoi n° 363.862), les autres ayant quitté le territoire sous le coup de mesures d'éloignement prononcées par les autorités françaises (CNDA, 3 janvier 2012, nos 11012096-11014631-11014632-10014633 ayant fait l'objet du pourvoi n° 357.351). Dans le premier cas, le non-lieu avait été prononcé par une simple ordonnance du président de la CNDA au motif que le demandeur, ressortissant des Etats-Unis d'Amérique, se trouvait en Suisse au moment de l'examen de son recours. Dans le second, c'est une formation collégiale de la cour qui a jugé que les recours des demandeurs tendant à l'annulation des décisions du directeur général de l'OFPRA étaient devenus sans objet, et ce, au seul motif qu'ils avaient, postérieurement à l'introduction de leurs recours, fait l'objet de mesures de reconduite à la frontière décidées par les autorités françaises.

- 16 Pourtant, comme l'a très explicitement souligné le Conseil d'Etat dans ses deux arrêts du 6 décembre 2013, **aucune disposition ou stipulation expresse ne subordonne l'examen des recours formés devant la CNDA à une condition de maintien du requérant sur le territoire français.**
- 17 Toutefois, il est également vrai qu'**aucune disposition ne confère expressément un caractère suspensif à ces recours dès lors qu'ils sont formés par des demandeurs d'asile « prioritaires ».**
- 18 D'un côté, **les dispositions générales** du CESEDA prévoient que tout demandeur d'asile « *admis à séjourner en France bénéficie du droit de s'y maintenir jusqu'à la notification de la décision de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ou, si un recours a été formé, jusqu'à la notification de la décision de la Cour nationale du droit d'asile* » (art. L. 742-3).
- 19 De l'autre, l'article L. 742-6 du même code, relatif à **la procédure prioritaire**, se borne à disposer que le demandeur « *bénéficie du droit de se maintenir en France jusqu'à la notification de la décision de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides* ». Si, « *en conséquence, aucune mesure d'éloignement [...] ne peut être mise à exécution avant la décision de l'office* », rien n'est précisé quant au droit au maintien en France et à l'exécution d'une mesure d'éloignement **jusqu'à l'intervention de la décision de la CNDA.**
- 20 Ce qui, aux yeux de la puissance publique, permettrait à l'administration préfectorale de prononcer et d'exécuter des mesures d'éloignement de demandeurs d'asile « prioritaires » en attente de jugement.
- 21 Or, quoi qu'il en soit du caractère suspensif de ces recours, **rien dans le droit positif en vigueur ne permet et ne permettait de considérer que les recours formés par ces demandeurs ne pouvaient pas être jugés à la suite de leur éloignement du territoire.** Il en est de même des recours formés par de tels demandeurs ayant volontairement quitté la France.
- 22 Pourtant, la commission des recours des réfugiés en avait jugé de la sorte (CRR, SR, 1er juin 2007, préc.), cette solution ayant ensuite été reprise par la CNDA, laquelle, dans une décision du 20 avril 2009, a clairement considéré que : « *tant les stipulations de l'article 1er, A, 2 de la Convention de Genève que les dispositions de l'article 2 de la directive n° 2004/83/CE du 29 avril 2004 précitées impliquent que tout demandeur d'asile sollicitant leur application se trouve nécessairement en dehors de son pays d'origine ; le retour involontaire dans son pays d'origine d'un requérant, qui n'a pas entendu renoncer à sa demande de protection, a pour conséquence d'interrompre provisoirement l'instruction de son affaire dès lors que le recours est, dans ces conditions, temporairement sans objet ; il appartiendra à son auteur, en cas de retour en France, de s'adresser à la Cour afin qu'il y soit statué* » (CNDA, 20 avril 2009, n° 598533).
- 23 Selon la CNDA, pour qu'une demande d'asile puisse prospérer, encore faut-il que le demandeur se trouve en dehors de son pays d'origine, et ce, en vertu de l'article 1.A.2 de la convention de Genève définissant le réfugié comme toute personne qui craint avec raison d'être persécutée, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut réclamer la protection de ce pays. Ce qui impliquerait que, pour qu'un recours formé devant elle puisse être examiné, encore faudrait-il que le requérant ne soit pas retourné – fût-ce contre son gré – dans son pays d'origine. A défaut, le recours serait privé d'objet jusqu'au retour en France de l'intéressé.

- 24 Eminemment critiquable, cette règle purement jurisprudentielle reposant sur une lecture littérale de la convention de Genève et plus qu'extensive du CESEDA a été déférée au contrôle du Conseil constitutionnel à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité (ci-après « QPC ») renvoyée par **un arrêt de la Cour de cassation en date du 9 février 2011** (Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 février 2011, n° 10-40059). Les juges de la rue de Montpensier ont cependant refusé de se prononcer sur sa conformité à la Constitution.

## B – Une interprétation jurisprudentielle échappant au contrôle du Conseil constitutionnel

- 25 Par une décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel a admis qu'« *en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la **portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition*** ». Cette solution, laquelle peut être expliquée à l'aune de la **théorie italienne du droit vivant**, a déjà conduit à la censure, par le Conseil, d'une **norme vivante** soumise à son attention dans le cadre d'une QPC (cf. Cons. constit., Déc. n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010).
- 26 Par « norme vivante », il est ici fait référence à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne et à la théorie du droit vivant telle qu'entendue par des auteurs comme le Professeur Gustavo Zagrebelsky (cf. G. Zagrebelsky, « La doctrine du droit vivant », *Annuaire international de Justice constitutionnelle*, II-1986, 1988, pp. 55-77 ; voir également G. Zagrebelsky, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *Cahier du Conseil constitutionnel* n° 22, juin 2007 ; pour une étude française de cette théorie d'origine italienne, cf. Caterina Severino, *La doctrine du droit vivant*, Economica-PUAM, 2003).
- 27 La « norme vivante » est une norme « *définie par [l']interprétation [jurisprudentielle]* » (arrêt n° 161 de 1967 de la Cour constitutionnelle italienne, cité et traduit in G. Zagrebelsky, « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions*, Dalloz, n° 1, 2010, pp. 9 et s.).
- 28 Cette norme est soumise au contrôle de constitutionnalité exercé par la Corte costituzionale. Lorsque plusieurs interprétations d'un texte sont possibles, c'est la norme vivante, fruit de l'interprétation dégagée par le juge ordinaire, qui est contrôlée par la Cour constitutionnelle, et non les seules dispositions textuelles de la loi (G. Zagrebelsky, « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », préc.). En cela, la « **norme** » – le « **résultat de l'interprétation [jurisprudentielle] de la disposition [écrite]** » – s'oppose à la « **disposition** », **résultant des seuls termes textuels de la loi** (Ibidem).
- 29 Dans cette perspective, la règle selon laquelle le recours du demandeur d'asile « prioritaire » ayant quitté le territoire national était privé d'objet aurait pu être regardée comme une **norme vivante** susceptible de faire l'objet d'une QPC. Il aurait suffi de voir dans la jurisprudence de la CNDA une « *interprétation jurisprudentielle constante* » conférant aux dispositions du CESEDA leur « *portée effective* », au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français. Elle aurait pu alors être examinée et le cas échéant censurée par cette Haute instance.
- 30 Une telle approche n'aurait pas été dépourvue de bon sens. C'est bien cette jurisprudence du juge de l'asile qui conférait sa portée véritable et **concrète** aux dispositions du code dans leur application aux cas d'espèce soumis à l'attention de cette juridiction.

- 31 Néanmoins, **cette jurisprudence n'avait jamais été soumise au contrôle du Conseil d'Etat, juge de cassation compétent** ; ce qui pourrait paraître surprenant eu égard au mécanisme du double filtrage des QPC, toute QPC devant nécessairement passer le filtre du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation avant d'être soumise au Conseil constitutionnel. Mais si, en l'espèce, la QPC relative aux dispositions du CESEDA a pu être transmise au Conseil constitutionnel sans être préalablement soumise au juge de cassation compétent, c'est en ce que, posée à l'occasion d'un litige relevant de la compétence du juge judiciaire, elle a été renvoyée par la Cour de cassation et non le Conseil d'Etat, seul compétent pour censurer les décisions de la CNDA (Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 février 2011, n° 10-40059, préc.).
- 32 Or, pour que le Conseil constitutionnel puisse procéder au contrôle de la norme fruit de l'interprétation des dispositions du CESEDA par la CNDA, encore faudrait-il considérer qu'une interprétation jurisprudentielle de cette cour non encore validée par le Conseil d'Etat puisse être « **constante** » – ou « **consolidée** » au sens de la doctrine italienne (cf. G. Zagrebelsky, « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », préc.).
- 33 Ce n'est pas ce qu'a retenu le Conseil constitutionnel français, lequel, saisi de ladite QPC portant sur les articles L. 551-1, L. 552-1, L. 741-4 et L. 742-6 du CESEDA, a considéré que : « *Si, en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition, la jurisprudence dégagée par la Cour nationale du droit d'asile n'a pas été soumise au Conseil d'Etat ; Il appartient à ce dernier, placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, de s'assurer que cette jurisprudence garantit le droit au recours [...]* ; Dans ces conditions, cette jurisprudence ne peut être regardée comme un changement de circonstances de nature à remettre en cause la constitutionnalité des dispositions contestées » (Cons. constit., Déc. n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011).
- 34 Le Conseil constitutionnel ne s'est donc pas estimé saisi de la portée effective que la jurisprudence de la CNDA aurait conférée aux dispositions litigieuses, mais uniquement de leurs termes textuels.
- 35 Or, les termes textuels de la loi avaient déjà fait l'objet, en tant que tels, d'une déclaration de constitutionnalité antérieure à la jurisprudence de la commission des recours des réfugiés et ne pouvaient donc être examinés une seconde fois par le Conseil constitutionnel (cf. Cons. constit., Déc. n°s 93-325 DC du 13 août 1993, 2003-484 DC du 20 novembre 2003 et 2003-485 DC du 4 décembre 2003).
- 36 Aussi cette décision n° 2011-120 QPC témoignerait-elle de ce que, par l'épithète « constant », le Conseil constitutionnel n'entend pas simplement **une jurisprudence bien établie d'une juridiction ordinaire, mais les seules jurisprudences dégagées par le Conseil d'Etat ou par la Cour de cassation** (cf. dans le même sens Civ. 3<sup>ème</sup>, 14 mars 2013, n° 12-24995).
- 37 Certes, d'un point de vue conceptuel, ce choix peut être justifié par la volonté de laisser à ces deux Hautes juridictions leur prérogative de juges de cassation et plus précisément de censeurs des erreurs de droit commises, dans le cadre de l'interprétation de la loi, par les juridictions soumises à leur contrôle. Néanmoins, **cette approche a de fait permis à la pratique jurisprudentielle des non-lieux à statuer de la CNDA d'échapper, en 2011, au contrôle de constitutionnalité.**
- 38 Ce n'est que deux ans et demi plus tard que le Conseil d'Etat, juge de cassation, a pu sanctionner cette pratique.



\*

## 2°/- Une nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat demeurant sujette à caution

- 39 Si, par ses arrêts du 6 décembre 2013, le Conseil d'Etat a censuré l'interprétation inconstitutionnelle de la loi dérogée par la CNDA (A), il n'est pas certain que sa nouvelle solution permettra d'assurer réellement l'effectivité des recours des demandeurs d'asile « prioritaires » (B).

### A – La censure attendue de la pratique inconstitutionnelle du non-lieu à statuer

- 40 Si, par sa décision n° 2011-120 QPC, le Conseil constitutionnel s'est estimé incompétent pour contrôler la constitutionnalité de la norme issue de l'interprétation jurisprudentielle des dispositions du CESEDA dérogée par la CNDA, **il avait expressément invité le Conseil d'Etat à se prononcer sur ce point en sa qualité de juge de cassation**. Pour le Conseil constitutionnel, il appartenait au Conseil d'Etat, « *placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, de s'assurer que cette jurisprudence garantit le droit au recours rappelé au considérant 87 de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993* ».
- 41 Les deux requêtes précitées n°s 357.351 et 363.862 ont donné au Conseil d'Etat l'occasion de répondre à cette invitation. Dans le cadre de pourvois en cassation formés contre des arrêts de la CNDA prononçant des non-lieux à statuer, les requérants s'étaient en effet prévalus de leur droit à un recours juridictionnel effectif.
- 42 Si ce droit est également garanti par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, c'est au visa de la « *garantie des droits* » découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que le Conseil d'Etat a décidé de statuer ; autrement dit, sur le fondement du droit **constitutionnel** au recours. La Haute juridiction administrative a même expressément visé une décision du Conseil constitutionnel – la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 relative à la réforme de 1993 des conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France. Aussi a-t-elle rappelé, d'une part, qu'en édictant les dispositions relatives au droit d'asile, le législateur a garanti **la possibilité d'un recours** dirigé contre toute décision de rejet de l'OFPRA. D'autre part, elle a constaté qu'**aucune stipulation internationale, ni aucune disposition du CESEDA, ne subordonne l'examen d'un tel recours au maintien du demandeur d'asile sur le territoire français**.
- 43 Le Conseil d'Etat en a conclu que « *la résidence hors du territoire français [...] n'est [...] pas de nature à priver d'objet, même temporairement, son recours devant la Cour nationale du droit d'asile* ». Que le demandeur d'asile se trouve ou non sur le territoire national au moment de l'examen de son recours par la CNDA et que sa demande ait ou non été traitée selon la procédure dite « prioritaire », celui-ci a donc droit à voir son recours examiné, **sans que la cour ne puisse prononcer un non-lieu à statuer – fût-ce en l'état**.



- 44 Le raisonnement suivi par le Conseil d'Etat mérite d'être analysé plus en détail en ce qu'il révèle son *modus operandi* face à l'interprétation de la loi dégagée par une juridiction soumise à son office de juge de cassation.
- 45 La Haute juridiction administrative, juge de la légalité des actes administratifs, ne pouvait pas contrôler la constitutionnalité de **la loi** appliquée par la CNDA. Elle était en revanche tenue par son office de juge de cassation, juge de l'erreur de droit commise par la CNDA dans **l'interprétation de la loi**.
- 46 Pour ce faire, le Conseil d'Etat a fait le choix de procéder à **sa propre interprétation** des dispositions du CESEDA. **Il a dégagé directement une nouvelle interprétation conforme aux droits que la Constitution garantit**, notamment le droit à un recours juridictionnel effectif. Il a ensuite censuré les décisions litigieuses de la CNDA, pour erreur de droit, en ce qu'elles **méconnaissaient la jurisprudence nouvellement dégagée par le Conseil d'Etat**.
- 47 Pour **dégager ainsi la nouvelle norme vivante**, fruit de sa nouvelle interprétation des dispositions textuelles du code, voire des stipulations de la convention de Genève, le Conseil d'Etat a tout d'abord relevé que les textes ne subordonnent pas expressément l'obtention du statut de réfugié au maintien du demandeur d'asile sur le territoire national. **La loi étant silencieuse** sur ce point, le juge est donc **libre de son interprétation**. Il ne doit pas nécessairement censurer ces dispositions textuelles, en ce qu'elles **peuvent bien être interprétées conformément à la Constitution**.
- 48 Le Conseil d'Etat, juge de cassation, a ensuite censuré l'application aux cas d'espèce des dispositions du CESEDA et des stipulations de la convention de Genève par la CNDA, et ce, **eu égard à l'interprétation jurisprudentielle qu'il venait de dégager**. Autrement dit, dans ses arrêts du 6 décembre 2013, le Conseil d'Etat a relevé une erreur de droit tirée de ce que le juge de l'asile n'avait pas interprété et appliqué correctement ces dispositions et ces stipulations, ou plus précisément **n'avait pas appliqué ces textes selon l'interprétation retenue par le juge de cassation**. Le Conseil d'Etat a donc **fait application de la norme vivante qu'il venait de dégager à l'occasion de ces mêmes arrêts**. Dès lors qu'il considère que les dispositions et les stipulations précitées doivent être interprétées comme n'imposant pas le maintien du demandeur d'asile sur le territoire national et comme ne permettant pas de prononcer un non-lieu à statuer, la CNDA a donc méconnu ces normes et commis une erreur de droit, en vouant ainsi ses décisions à la cassation.
- 49 Ce *modus operandi* témoigne de l'attachement du Conseil d'Etat à son office de juge de cassation, **juge des erreurs de droit commises par les juridictions soumises à son contrôle dans le cadre de l'interprétation et l'application de la loi**. Il témoigne également de la place de cette juridiction au sein de l'ordre administratif. Placé au sommet de cet ordre, le Conseil d'Etat n'est pas tenu par l'interprétation dégagée par les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et autres juridictions administratives spécialisées. **Il demeure le maître, au sein de son ordre juridictionnel, de l'interprétation des lois**.
- 50 A cet égard, la circonstance que la CNDA soit une juridiction spécialisée à compétence nationale ne jugeant pas simplement de la légalité de décisions administratives mais statuant plus globalement sur des « *situations humaines* » – pour reprendre l'expression du vice-président Sauvé – ne semble pas, pour le Conseil d'Etat, remettre en cause ce rapport vertical existant entre le juge de cassation et les juridictions soumises à son contrôle

(voir, pour une autre illustration de ce constat, la décision n° 12006532-12006533 du 15 mai 2013 par laquelle, pour la première fois, la CNDA a, avant de statuer sur un recours, sollicité l'avis du Conseil d'Etat sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, au sens des dispositions de l'article L. 733-3 du CESEDA, question à laquelle le Conseil a répondu par son avis n° 368.676 du 20 novembre 2013 publié au recueil Lebon).

- 51 Que ce soit par rapport aux juridictions administratives de droit commun ou à une juridiction spécialisée comme la CNDA, le Conseil d'Etat est, conformément à l'approche retenue par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-120 QPC précitée, **la seule juridiction compétente au sein de l'ordre administratif pour dégager une « interprétation jurisprudentielle constante », conférant à la loi, au sens de la théorie du droit vivant, sa « portée effective ».**
- 52 En termes théoriques et procéduraux, cette approche est donc solidement fondée et, concrètement, elle a permis la censure de la jurisprudence de la CNDA. Toutefois, **la nouvelle solution dégagée par le Conseil d'Etat demeure lacunaire.**

## B – L'émergence incertaine d'une norme vivante conforme au droit au recours effectif

- 53 Cette solution jurisprudentielle est en effet assortie d'une **réserve** de taille. Dans ses arrêts du 6 décembre 2013, le Conseil d'Etat a considéré que le demandeur d'asile ayant quitté le territoire national demeure **soumis à « l'obligation de déférer à la comparution personnelle que la cour peut ordonner »** – étant souligné au demeurant que le Conseil vise comme fondement textuel de cette obligation les anciennes dispositions de l'article R. 733-18 du CESEDA en vigueur jusqu'au 19 août 2013. Si le départ du demandeur d'asile ne prive pas d'objet son recours, encore est-il que **le demandeur resterait tenu de déférer à un ordre de comparution devant la CNDA.**
- 54 Or, si cette cour peut statuer sur le sort d'un demandeur d'asile malgré son absence à l'audience, celui-ci a, de fait, de **fortes chances de voir sa requête rejetée** s'il se contente de se faire représenter par son conseil. En effet, les propos tenus à l'audience par le demandeur d'asile sont très souvent déterminants pour arrêter la conviction des juges de la CNDA. **Son absence à l'audience est ainsi le plus souvent dirimante**, y compris d'ailleurs lorsqu'il s'est maintenu sur le territoire national.
- 55 La **portée concrète** de la nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat risque donc de s'avérer limitée à l'expérience de la pratique. Si le droit au recours sera formellement respecté – le demandeur d'asile ayant quitté le territoire national verra désormais la CNDA statuer sur sa requête –, **son absence à l'audience pourra compromettre les chances de succès de sa démarche.** Selon toute vraisemblance, les demandeurs ayant quitté le territoire sous le coup d'une mesure d'éloignement, et surtout les demandeurs reconduits entre les mains de leurs persécuteurs, **ne pourront pas revenir en France pour déférer à l'ordre de comparution personnelle à l'audience.** Ces demandeurs d'asile risquent donc de voir rejeter le plus souvent leurs requêtes.
- 56 **Si les demandeurs reconduits à la frontière auront désormais droit à une réponse du juge de l'asile, encore est-il que cette réponse aura toutes les chances d'être négative.** Et à supposer même que la réponse soit positive – autrement dit, que la CNDA constate des risques réels de persécution –, **il y a peu de chances que le demandeur**

**d'asile reconduit dans le pays où il est persécuté réussisse à s'enfuir une seconde fois.** Il ne pourra donc en tout état de cause profiter de l'accueil qui lui aurait été octroyé par les autorités françaises.

- 57 Or, le droit au recours juridictionnel doit être entendu comme un droit à un recours **effectif**. Il ne suffit pas qu'un recours soit possible, ni même qu'il soit interdit au juge de se dérober en refusant de se prononcer. Encore faut-il que ce recours puisse concrètement conduire à un examen effectif et qu'il ait des chances de prospérer.
- 58 La meilleure façon de désamorcer toute difficulté tirée de l'ineffectivité des recours des demandeurs d'asile « prioritaires » serait donc d'éviter qu'ils puissent être reconduits à la frontière avant que le juge de l'asile ne se prononce. Ce qui conduit à **envisager le principe de la suspensivité de l'ensemble des recours formés devant la CNDA.**
- 59 Toutefois, **à défaut de toute réforme législative en ce sens, un tel principe n'a toujours pas été consacré par la jurisprudence.** Ce n'est notamment pas le sens de la solution retenue par le Conseil d'Etat, lequel a même affirmé que « *la résidence hors du territoire français est susceptible d'entraîner la suspension des droits attachés à la qualité de demandeur d'asile* ». Surtout, il a cité la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, par laquelle le Conseil constitutionnel avait jugé que **ne méconnaissait pas la Constitution le fait pour le législateur de « prévoir que l'intéressé n'aurait pas droit à être maintenu pendant l'examen d'un recours formé contre une décision de rejet prononcée par l'OFPRA sur le territoire français »**, et ce, « *dès lors qu'il garantissait la possibilité d'un recours* ».
- 60 Ce faisant, **le Conseil constitutionnel avait arrêté son interprétation** des dispositions du CESEDA en considérant qu'en se bornant à prévoir un droit au maintien sur le territoire français jusqu'à la notification de la décision de l'OFPRA, **le législateur n'avait pas accordé un droit au maintien pendant l'examen d'un recours formé contre cette décision.**
- 61 Le Conseil d'Etat ne s'est pas affranchi de cette norme dégagée par le Conseil constitutionnel. On peut donc en déduire que **si le Conseil d'Etat ne s'estime pas lié par l'interprétation dégagée par les juges du fond de l'ordre administratif** – il n'a pas hésité pas à dégager une interprétation différente de celle de la CNDA –, **il prend bien en compte l'interprétation jurisprudentielle du Conseil constitutionnel**, sans dégager une nouvelle interprétation distincte.
- 62 Pourtant, en l'espèce, une telle approche n'est pas sans critique puisque la question de **l'exigence de d'effectivité** des recours ne semble pas avoir été clairement tranchée. Pour les juges du Palais royal, d'un côté, le recours doit toujours être « *possible* » et « *effectif* ». Mais, de l'autre, il n'y a **pas d'exigence générale de suspensivité**. Ce qui a notamment permis de censurer la pratique des non-lieux à statuer de la CNDA, mais ne permettra pas nécessairement de garantir l'effectivité des recours portés devant le **juge de l'asile par les demandeurs « prioritaires » reconduits à la frontière et ne pouvant pas se présenter à l'audience.**
- 63 Cette **ambiguïté** n'est d'ailleurs pas sans rappeler la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qu'elle a exclu une exigence générale de suspensivité des recours. Si cette Cour exige qu'un « *examen [juridictionnel] suffisamment approfondi et offrant des garanties procédurales adéquates de la légalité de la mesure litigieuse* » ait lieu avant toute mesure d'éloignement, l'exigence d'effectivité ne requiert pas, de manière générale, « *que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif* » (Cour EDH, Grande Chambre, 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, n° 22689/07). La suspensivité n'est donc pas

envisagée comme une exigence de principe. Elle n'est requise que dans les hypothèses où le juge européen estime qu'elle est indispensable pour garantir l'effectivité des recours. Il en est ainsi lorsqu'il est question « *d'un grief selon lequel l'expulsion de l'intéressé l'exposera à un risque réel de subir un traitement contraire à l'article 3 de la Convention, compte tenu de l'importance que la Cour attache à cette disposition et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé* ». Pour la Cour de Strasbourg, « *dans ce cas, l'effectivité requiert également que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif* ». Il en va de même lorsqu'il existe un risque réel d'atteinte au droit à la vie (art. 2 de la Convention) ou au principe de l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers (art. 4 du Protocole additionnel n° 4).

- 64 Or, il est vrai que, d'une part, la décision de rejet de l'OFPRA ne se confond pas avec une décision d'« *expulsion* » exposant, en tant que telle, les intéressés à des risques de traitements inhumains et d'atteinte à la vie, au sens de la Cour européenne. D'autre part, il pourrait également être argué que d'autres voies de recours effectives demeureraient ouvertes devant les juridictions administratives ordinaires afin de contester plus spécifiquement les mesures d'éloignement pouvant être prononcées à l'encontre de tout étranger considéré comme étant en situation irrégulière.

\*

\* \*

- 65 Dans ses arrêts du 6 décembre 2013, **le Conseil d'Etat s'est donc inscrit dans le sillage de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et n'a pas méconnu frontalement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme**. Il a certes censuré, en dégageant une nouvelle norme vivante, une jurisprudence bien établie de la CNDA qui privait de toute voie de recours les demandeurs d'asile « *prioritaires* » ayant quitté le territoire national. Il n'a cependant pas saisi cette occasion pour lever l'ambiguïté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour de Strasbourg.
- 66 A défaut de tout caractère suspensif des recours formés devant la CNDA par ces demandeurs d'asile, la solution actuellement en vigueur apparaît critiquable au regard non seulement de **ses effets concrets** – le risque de voir rejeter systématiquement les recours de ces demandeurs ou de ne pas pouvoir les faire revenir sur le territoire national une fois accordé le statut de réfugié – mais également de « **la faible tolérance européenne envers les régimes d'exception** » (Nicolas Hervieu, « Une progression européenne en demi-teinte de l'effectivité des recours en droit des étrangers », *La Revue des droits de l'homme*, 16 décembre 2012). On peut raisonnablement douter de ce que la circonstance qu'il s'agisse de demandeurs « *prioritaires* » – qu'ils proviennent de « *pays sûrs* », qu'ils représentent une menace pour l'ordre public ou que leur demande soit abusive ou frauduleuse – puisse justifier **une différence de traitement** tendant à restreindre leur droit au recours en le privant de tout caractère suspensif d'éventuelles mesures d'éloignement, et ce, que ce soit eu égard aux **libertés fondamentales** mais également aux **droits procéduraux** garantis aux demandeurs d'asile par les textes nationaux et supranationaux.
- 67 Sur ce dernier point, il importe de souligner que **le droit de l'Union européenne** encadre de manière de plus en plus précise et exigeante les règles procédurales relatives aux demandes d'asile.

- 68 Ainsi la Cour de justice a-t-elle notamment jugé qu'à défaut de prévoir un recours spécifique permettant de contester le placement en procédure accélérée, encore faut-il que « les motifs qui ont conduit [l']autorité [nationale compétente] à examiner le bien-fondé de ladite demande dans le cadre d'une telle procédure [accélérée] » soient « effectivement soumis à un contrôle juridictionnel dans le cadre du recours dont la décision finale de rejet est susceptible de faire l'objet » (CJUE, 28 juillet 2011, *Brahim Samba Diouf c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, n° C-69/10).
- 69 Une décision récente de la Cour constitutionnelle belge retient également l'attention. Cette Cour a en effet sanctionné des dispositions relatives aux demandeurs d'asile provenant de « pays sûrs » dont les demandes sont traitées selon une procédure accélérée. C'est notamment au visa du droit de l'Union européenne et plus précisément de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux et de l'article 39 de la directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 dite directive « procédure », que le juge constitutionnel belge a considéré que « la différence de traitement, quant à la possibilité d'exercer un recours effectif à l'encontre de la décision mettant fin à la procédure d'asile, entre demandeurs d'asile selon qu'ils sont ou non originaires d'un pays sûr repose sur un critère qui n'est pas admis par la directive « procédure » et qui n'est dès lors pas pertinent » (Cour constitutionnelle de Belgique, 16 janvier 2014, arrêt n°1/2014 ; cf. sur cette décision, lire Tristan Wibault, « Droit d'asile et recours effectif en Belgique : Procédure accélérée, mais pas amputée », *La Revue des droits de l'homme*, 24 février 2014).
- 70 Par ses arrêts du 6 décembre 2013, le Conseil d'Etat français ne s'est pas prononcé sur ces questions. Toutefois, au regard du caractère fortement évolutif de la jurisprudence en la matière, on peut ainsi douter qu'un recours non suspensif prévu pour les seuls demandeurs « prioritaires » pourra être indéfiniment regardé comme remplissant les exigences croissantes issues de la Constitution, de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit de l'Union.
- 71 **Conseil constitutionnel, Déc. n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011**
- 72 **Conseil d'Etat, 6 décembre 2013, n° 357.351, mentionné aux tables du recueil Lebon**
- 73 **Conseil d'Etat, 6 décembre 2013, n° 363.862**

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

## RÉSUMÉS

Par une décision n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011, le Conseil constitutionnel avait éludé la question de la constitutionnalité d'une jurisprudence bien établie de la cour nationale du droit d'asile en vertu de laquelle il n'y avait pas lieu de statuer en l'état sur les demandes des demandeurs d'asile « prioritaires » ayant quitté le territoire français. Si, tel que l'explique la théorie du droit vivant, tout justiciable peut désormais contester la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative, encore est-il que,

pour le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat demeure seul compétent pour s'assurer de la régularité des jurisprudences dégagées par les juridictions placées sous son contrôle. Ainsi invité à se prononcer sur la jurisprudence de la cour nationale du droit d'asile, le Conseil d'Etat a récemment eu l'occasion de sanctionner l'approche de cette cour en dégageant, par deux arrêts nos 357.351 et 363.862 du 6 décembre 2013, une nouvelle norme vivante en vertu de laquelle la résidence hors du territoire français n'est pas de nature à priver d'objet, même temporairement, les recours devant le juge de l'asile. Si la Haute juridiction administrative a censuré une pratique manifestement contraire au droit constitutionnel à un recours juridictionnel, sa nouvelle solution ne manque pas d'interroger quant à l'effectivité des recours qui seront formés par les demandeurs d'asile « prioritaires » reconduits à la frontière.

## AUTEUR

### YEHUDI PELOSI

est doctorant en droit public (Paris 1 – Panthéon Sorbonne) et collaborateur d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Il est diplômé de Sciences-Po Paris et de l'Université de Paris 1 – Panthéon Sorbonne. Nota Bene : L'auteur a collaboré à l'établissement des écritures dans le cadre des requêtes nos 375.351 et 363.862.